

IUS PUBLICUM EUROPAEUM (*)

JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS

«*Difficile est proprie communia dicere.*»

HORACIO (*Ars poetica*, 128)

I

La existencia de un espacio jurídico europeo es una realidad tan antigua como la propia Europa, pues aun siendo la tierra de la diversidad, de los Estados y de las naciones, el viejo continente nunca ha dejado de acomparar con un ritmo compartido las notas particulares de cada historia nacional. Europa es sobre todo la paradoja de un concepto que cifra su ser propio en la continuidad indefinida de su proceso de definición. Una realidad que sólo parece ser mientras se construye y que encuentra en el devenir permanente la única existencia posible. Una vocación a la unidad deliberadamente frustrada en su principio mismo, sentida como necesaria para huir de lo particular y privativo, pero percibida también como un peligro que ha de conjurarse con la garantía de la identidad individual. Seguramente cuando esto deje de ser así se habrá acabado también Europa. Y posiblemente también la certeza, irracional y profunda, de que lo europeo es un proceso y no un estado, una manera de hacerse sin llegar a un resultado, sino sólo a un equilibrio de circunstancias, es la clave para entender algunas cosas. En particular, esa calculada ambigüedad característica de la voluntad de integración de los pueblos europeos, tan inclinada a la unidad como reacia a su consumación y de la que sólo puede resultar una realidad inaccesible, en apariencia, por fluida y por mudable, a las categorías tradicionales de la Teoría del Estado.

Y, sin embargo, Europa ha encontrado en los Estados no sólo la fórmula más conveniente para su identidad, sino también la más perdurable. La variable hobbesiana de un Estado suficiente y solitario es ya un modelo inservible y superado, pero como estructura normativa de ordenación de la fuerza legítima

(*) A propósito del *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Armin VON BOGDANDY, Pedro CRUZ VILLALÓN y Peter M. HUBER (eds.), Heidelberg, C. F. Müller, 2007.

en el interior de comunidades políticas nacionales, el Estado admite un grado de maleabilidad estructural y dogmática muy superior al comúnmente admitido y perfectamente adecuado a las necesidades del movimiento perpetuo en el que se define el ser de Europa. La Unión Europea en nuestros días acaso no sea más que una estructura ordenada a la mejor satisfacción de los fines particulares de cada Estado nacional, como el Sacro Imperio en el pasado sirvió a los fines más inmediatos de los reinos medievales en cuanto también les liberaba de la responsabilidad de ciertas empresas tan necesarias como comprometidas. Entonces, la unidad espiritual y la defensa de la religión; hoy, la unidad del mercado. Y siempre, la posibilidad de una instancia desde la que le fuera posible al propio Estado la imposición en su territorio de decisiones impracticables como fruto de la voluntad interna, pero indiscutibles en tanto que procedentes de una voluntad relativamente ajena y, a esos efectos, superior. Por supuesto, nunca para nada que no fuera la mejor gestión de los asuntos propios.

El Estado nacional europeo puede tener por delante un mayor recorrido histórico que el habitualmente admitido, pues por más que la gestión de sus intereses particulares haya hecho necesaria la transferencia de algunas de sus funciones a una instancia comunitaria, no es inevitable que ese proceso concluya con la creación de un Estado europeo. Sencillamente porque, interpretado a la luz de la conciencia de la identidad nacional secularmente contrastada en la Historia de Europa y del vértigo característicamente europeo ante la posibilidad de la unidad definitivamente consumada, aquel proceso parece cuidadosamente calculado para alcanzar únicamente, y además de manera reversible, el punto de comunión necesario. Hoy se cifra ese punto en un mercado unificado y en una moneda común, con todas las garantías e instrumentos adecuados para su mejor funcionamiento, esto es, un marco jurídico capaz de asegurar un mínimo de libertades y una estructura suficiente para la regulación de las condiciones del tráfico mercantil. Apenas nada, en términos de construcción de un Estado continental, pero bastante para propiciar la comunicación entre los Derechos nacionales a través de un Derecho común, lo que imprime al fenómeno de las relaciones interordinamentales una dinámica desconocida desde la época del *Ius commune* y sencillamente formidable en términos de potencialidad integradora. El Derecho de la Unión es Derecho creado con el concurso de los Estados —compendio y síntesis, por tanto, de sus categorías y tradiciones— y se integra por igual en la estructura de todos los Derechos nacionales, constituyendo un sustrato compartido sobre el que se edifican ordenamientos abocados tendencialmente a la unidad. A la concurrencia que es fruto de la vecindad y de la historia compartida, de la emulación y la rivalidad, se suma ahora la que se ha formalizado en los procedimientos normativos de un ordenamiento común. Con el añadido de otro orden jurídico también *comunitario*, pero no coextenso con el

de la Unión, y de estricta creación jurisdiccional por Tribunales nacionales subordinados funcionalmente a un Tribunal europeo, como es el caso del sistema de derechos del Convenio de Roma de 1951.

El sistema de relaciones entre ordenamientos que resulta de esa realidad es extraordinariamente complejo, tanto en su concepto como en su estructura, y su simplificación pasa por el acierto en una adecuada construcción dogmática. Se trata de organizar y manejarse con una pluralidad de ordenamientos que no se reducen a unidad en una norma positiva común y superior, lo que descarta la solución tradicional brindada por la lógica de la jerarquía y, con ella, por la categoría de la validez. Se impone, por tanto, un nuevo paradigma para la formulación de un sistema con el que ha de conformarse una realidad rigurosamente inédita. Y para ello es condición primera e inexcusable el conocimiento cabal y riguroso de esa realidad aún informe pero ya ineluctable. El medio para ese fin no es otro que la vieja técnica del Derecho comparado, hoy, además, constituida en una técnica jurídicamente obligada en virtud de la consideración de las «tradiciones constitucionales comunes» como una verdadera fuente del Derecho de la Unión (art. 6 EU). Técnica, por lo demás, extraordinariamente difícil y con tanta frecuencia tan frívolamente manejada por quienes confunden la comparación de ordenamientos como estructuras normativas de complejísimas realidades humanas con el simple contraste de textos positivos descarnados de toda sustancia cultural o histórica.

II

La obra que motiva esta páginas es para quien la firma la empresa más ambiciosa nunca intentada en el campo del *Derecho público de Europa*. En realidad puede decirse que se trata de la obra fundacional de ese Derecho en tanto que algo distinto de la pura concurrencia de Derechos públicos nacionales. Cuando menos con ella se sientan las bases imprescindibles para la construcción sobre suelo firme de un sector de la dogmática para el que con acierto se ha recabado toda la fuerza evocadora de la eterna lengua franca: *Ius Publicum Europaeum*.

Bajo la dirección de los profesores Armin von Bogdandy, Pedro Cruz Villalón y Peter M. Huber, el *Handbuch Ius Publicum Europaeum* reúne en varios volúmenes una obra tan brillante como difícil de calificar. Es un excelente compendio de los Derechos públicos nacionales de una docena de Estados europeos; pero es también un ejercicio magistral de Derecho comparado con el que logra destilarse una sistematización de aquellos Derechos capaz de dar cuerpo a una realidad distinta, a un *Derecho público de Europa*.

El planteamiento de la obra es tan sencillo como sólo puede serlo el de toda obra verdaderamente ambiciosa: exponer los rasgos fundamentales del Derecho público de doce Estados europeos para reducirlos a unidad con una inteligente labor de comparación y síntesis. Obviamente, el espíritu de síntesis debía dejarse notar ya desde el principio, tanto en el momento de la identificación y selección de las cuestiones relevantes como a la hora de decidirse por la perspectiva de análisis utilizada. Este de la perspectiva es sin duda el asunto mejor resuelto por los editores, pues no sólo se han centrado en la exposición de las características estructurales de cada ordenamiento nacional —sin limitarse al tratamiento de cuestiones específicas—, sino que, muy lejos de reducirse al contraste del puro Derecho positivo, han atendido también a una dimensión habitualmente tan descuidada y, sin embargo, tan decisiva para el entendimiento de la verdadera sustancia de cada Derecho nacional como es la de la relación existente en cada Estado entre el respectivo Derecho constitucional y su particular Ciencia sobre ese Derecho. Se comparan, pues, las estructuras jurídico-públicas de los Estados a la luz de sus dogmáticas propias, ofreciéndose así una imagen muy aquilatada del verdadero espíritu nacional de cada ordenamiento. El resultado no es sólo una comparación sintética entre ordenamientos positivos, sino también entre sus academias, con lo que, además de brindarse una visión del conjunto ajustada a la verdadera realidad de los Estados, también se facilita una información preciosa en términos de razonabilidad de las expectativas que cabe abrigar respecto del futuro de un auténtico *Ius Publicum* de Europa, entendido como suma de norma y de doctrina y para cuya construcción se ofrece en esta obra un material tan imprescindible como el excelente estudio comparado de Diana Zacharias sobre la terminología y los conceptos constitucionales en el espacio jurídico europeo (vol. II, § 40). Un trabajo que pone de manifiesto la preocupación de los editores por el rigor de su empeño comparatista al delimitar con claridad el sentido de las convenciones en las que se desenvuelve cada doctrina, muchas veces tan distantes en lo sustantivo como indiscernibles en la formalidad de sus *nomina*.

III

La obra comentada se organiza en varios volúmenes. El primero de ellos dedicado a los fundamentos y principios de los Derechos constitucionales estatales, siendo objeto del segundo, por un lado, la *apertura* de los ordenamientos de los Estados al Derecho de la Unión y al Convenio Europeo de los Derechos Humanos, así como, por otro, la Ciencia del Derecho Constitucional en cada uno de los doce países estudiados, con especial referencia a su grado de

«europeización». Los volúmenes tercero y cuarto, pendientes de publicación al tiempo de escribir estas líneas, se ocuparán de los fundamentos del Derecho administrativo y de la Ciencia administrativista en cada Estado (vol. III) y de los principios de los Derechos administrativos nacionales (vol. IV). No es de descartar, además, un tercer grupo de volúmenes dedicados al Derecho comunitario.

Los Estados traídos a colación para esta empresa comparada son Alemania, Austria, España, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Hungría, Italia, los Países Bajos, Polonia, Suecia y Suiza. Como toda selección, también ésta es discutible. No puede negarse su condición equilibrada, pues están representadas las grandes familias regionales (germánica, latina, escandinava, británica y eslava) y hay una presencia significativa de los países reincorporados a la democracia tras el paréntesis comunista. Está, sobre todo, el acierto de la inclusión de Suiza, expresiva de la saludable convicción de que Europa es mucho más que la Unión Europea. Pero llama la atención, por ejemplo, la ausencia de Bélgica o la de países que, como Dinamarca o la República Checa, han ofrecido alguna resistencia al proceso de integración comunitario o son la consecuencia de un reciente proceso de secesión, fenómeno por lo demás nada extraño en la experiencia europea más inmediata. Quizás estas características, precisamente por demostrativas de unas circunstancias muy particulares, han llevado a prescindir de unas experiencias acaso inconvenientes en un estudio que se pretende asentado en modelos relativamente más consolidados y menos circunstanciales. En todo caso sí se echa en falta alguna explicación de los editores acerca del criterio que ha inspirado su selección.

Los informes nacionales reunidos en el volumen I son respuesta a un cuestionario estructurado en cuatro apartados: I. Contexto originario de la Constitución vigente; II. Evolución constitucional; III. Estructuras y conceptos dogmáticos fundamentales, y IV. Estructuras definidoras de la identidad nacional. El interés y el rigor de cada uno de los informes están a la altura que cabe esperar de la autoridad de sus firmantes, todos ellos sin excepción nombres de referencia académica, y su lectura constituye un medio utilísimo y solvente para el conocimiento fundado de las esencias de las distintas realidades constitucionales. Uno por uno, cada informe es un magnífico compendio de Derecho constitucional nacional.

Al momento de lo particular le sigue el de la comparación y la síntesis, espléndidamente ejecutada con un artículo de Pedro Cruz Villalón que es un modelo de abstracción e inteligencia dogmática, ejemplar en su capacidad para ordenar un material tan desbordante como el manejado y magnífico en su acierto para desarrollar una narración atractiva y sugerente. Se trata de mucho más que la sucesión ordenada de las respuestas al cuestionario original, pues sobre

aquella base el texto del profesor Cruz Villalón se articula con arreglo a una estructura propia que pone el acento en el origen y evolución de las Constituciones (con una interesante y fructífera taxonomía de modelos evolucionistas y rupturistas), en las características definidoras de los distintos marcos jurídicos (normatividad de la Constitución, revisión constitucional, jurisdicción constitucional, constitucionalización de los ordenamientos, apertura de las Constituciones), en la posición del individuo y el concepto de solidaridad (derechos fundamentales, Estado social), en la dimensión democrática y territorial (sistema parlamentario, judicialización del sistema, federalismo y autonomía) y en la poliédrica cuestión de las identidades nacionales y europea, con la doble percepción de los particularismos como problema y como virtud. No podría resumir en estas líneas el denso contenido del ensayo del profesor Cruz, pero no puedo dejar de detenerme en sus consideraciones sobre la existencia de una «identidad constitucional europea» (§ 13, 140) basada en la legitimidad de las identidades nacionales como expresión de un pluralismo constitucional irrenunciable y en tanto que elementos constitutivos fundamentales de un patrimonio constitucional europeo. La identidad europea estaría cifrada en un concepto propio, el Estado constitucional (*Verfassungsstaatlichkeit*), cuyos tres elementos estructurales fundamentales serían: A) la comunidad surgida a partir del Convenio de Roma en el ámbito de los derechos y libertades; B) la normatividad jurisdiccionalmente garantizada de la Constitución, y, por último, C) la soberanía popular, que, basada en la representación política, asegura la primacía del Parlamento, la responsabilidad política y las garantías procesales aseguradas por una judicatura independiente.

IV

El segundo de los volúmenes comentados se ocupa, en su primera parte, de cuestión tan determinante para el Derecho público de Europa como es la apertura de las Constituciones nacionales a los distintos sistemas normativos supranacionales europeos y la problemática inserción de esas normas foráneas en la estructura de ordenamientos en principio refractarios a cualquier perjuicio de la primacía jerárquica de sus normas constitucionales. La conclusión del profesor Peter M. Huber en su acertada síntesis de los diferentes informes nacionales es que tanto la apertura a los sistemas europeos como la inserción de sus normas en los nacionales en una posición de preeminencia y su irradiación en el conjunto de los Derechos estatales son datos de una realidad ya contrastada, por más que no haya sido aún objeto de un reconocimiento formal y explícito en ninguna Constitución nacional (§ 26, 112).

El objeto de los informes nacionales viene también delimitado por un cuestionario que pretende centrar la atención en cuatro puntos: I. La cuestión europea en el contexto de los distintos procesos constituyentes; II. La pertenencia a la Unión Europea (fundamentos constitucional y dogmático de la adhesión, intereses nacionales que la propiciaron, ámbitos conflictivos en la relación ente el Derecho de la Unión y el Derecho del Estado, límites constitucionales a la integración); III. Derecho Constitucional y Convenio Europeo de Derechos Humanos, y IV. Concepción constitucional de la Constitución nacional «europeizada». Como es de suponer, el panorama comparado de estos particulares es extraordinariamente heterogéneo, si bien, según se ha dicho ya, también es inconfundible una marcada tendencia a soluciones prácticas comunes. Al cabo, el fenómeno de la integración europea ha dado lugar a un proceso de intercomunicación entre ordenamientos verdaderamente formidable. Con un movimiento circular permanente y perfecto, los sistemas nacionales son hoy casi materialmente indiscernibles del Derecho europeo, tanto en su variable de la Unión como en la de los derechos y libertades del Convenio, al tiempo que el Derecho de Europa no puede ser más que un compuesto de Derechos estatales quintaesenciados. Como demuestra la obra comentada, se trata de un proceso medido e inspirado originariamente en los más inmediatos intereses nacionales y no son pocas las garantías de reversibilidad que al servicio de esos intereses aún se guardan los ordenamientos estatales. Pero, una vez iniciado, aun con ese propósito interesado, el proceso en cuestión también toma vida propia. El manual de los profesores Von Bogdandy, Cruz Villalón y Huber es la herramienta más segura para acertar en el trazado de los posibles derroteros de esa existencia autónoma.

A día de hoy, la primera dificultad para la racionalización de ese proceso es la de la notable divergencia existente entre una comunión material cada vez mayor de los Derechos nacionales entre sí y con los de la Unión y el Convenio, y una diversidad formal, institucional y, sobre todo, de garantías jurisdiccionales tan radical como para que la sistematización del conjunto sea casi imposible. Baste pensar en las dificultades que supone la formalización de los mismos derechos individuales en distintas instancias normativas dotadas de mecanismos de garantía separados. O en el problema de la asimetría provocada por la conjunción entre sistemas nacionales de base parlamentarista y un sistema supranacional «de Gobiernos» que pueden eludir desde un ordenamiento de aplicación preferente los controles parlamentarios establecidos en su ordenamiento nacional de procedencia.

En contraste con el relativo optimismo que para el largo plazo puede colegirse de las experiencias estatales comparadas en punto a los progresos del proceso de integración europea, las expectativas son mucho más modestas en

el campo de la academia, donde son de observar todavía grandes resistencias al abandono del espíritu nacional. Como advierte el profesor Armin von Bogdandy en su síntesis de los informes nacionales sobre las diferentes ciencias del Derecho constitucional —objeto de la segunda parte de este volumen—, la apertura de los ordenamientos estatales no ha podido dejar de afectar a la comunidad científica en la delimitación de sus preocupaciones y en la redefinición de sus perspectivas. En cuanto a lo primero, al introducir en el debate nuevas categorías e instituciones, como las cláusulas de integración, u obligar a la reconsideración de conceptos tradicionales, como la soberanía o la democracia. Por lo que hace a lo segundo, al fortalecerse la importancia del Derecho comparado e ir creándose un espacio científico europeo al hilo de una cierta institucionalización de los intercambios académicos y de la proliferación de publicaciones especializadas. A partir de aquí cabe confiar en los progresos de la necesaria construcción de una teoría constitucional conforme con la realidad del espacio jurídico europeo, si bien las reacciones de las tradiciones académicas nacionales ante el fenómeno de la europeización son muy distintas, yendo desde las ambiciones de la ciencia alemana, en un extremo, hasta las protestas de espléndido aislamiento de la comunidad británica, en el otro. Con todo, sí es de observar una relativa uniformidad en el florecimiento del Derecho comparado; también en países tradicionalmente poco dados a la curiosidad hacia otras experiencias, como la propia Gran Bretaña, Alemania o Suecia, que se han unido hoy a los países para los que la comparación ha sido siempre un elemento constitutivo de sus doctrinas.

Tal es el diagnóstico que de la situación de la ciencia del Derecho Constitucional ensaya el profesor Von Bogdandy a la luz de las respuestas nacionales al correspondiente cuestionario, esta vez organizado en los siguientes puntos: I. Génesis y evolución de la ciencia del Derecho constitucional; II. Situación actual; III. La enseñanza del Derecho constitucional, y IV. La europeización de la ciencia del Derecho constitucional y su enseñanza. Diagnóstico al que, sobre la base del material acumulado, le sigue un pronóstico muy ponderado acerca de las perspectivas de un *Ius Publicum Europaeum* (§§ 90-97). Desde un escepticismo muy razonable, el profesor Von Bogdandy descarta la posibilidad de una eventual fusión de los ordenamientos constitucionales nacionales en un sistema uniforme, pero no descarta un *Ius Publicum* continental entendido como suma de Derecho constitucional (positivo) europeo y disciplina científica de ese Derecho.

Ésta es la ocasión para concretar el concepto de *Ius Publicum Europaeum* que da título a la obra, recordando el profesor Von Bogdandy el precedente histórico del *Ius Publicum* germánico (y guardando las distancias con la variante conceptual schmittiana) para destacar que si entonces concurrían los dos

componentes necesarios para la constitución de aquella idea, esto es, un orden jurídico y una ciencia comunes, hoy día es indudable la existencia de un espacio jurídico integrado por el Derecho de la Unión, el Convenio de Roma y los Derechos públicos nacionales, pero falta una verdadera cultura científica integrada y capaz de comprender tan variada y diversa masa normativa. Frente al optimismo precipitado de los juicios fundados en las primeras impresiones, el análisis exhaustivo de los datos que arroja la rigurosa investigación que ha tomado cuerpo en este manual lleva al profesor Von Bogdandy a advertir del riesgo de infravalorar la reluctancia de los sistemas nacionales frente al fenómeno de la integración. El panorama académico expuesto no deja lugar a la discusión de esa advertencia. Con todo, no deja de reivindicarse la necesidad de esa comunión científica, pues sólo a su través será posible la puesta en planta de proyectos dogmáticos capaces de construir los componentes teóricos necesarios para la sistematización de aquella masa normativa común.

Las dificultades para la consecución de ese objetivo son de enorme envergadura. Más allá del problema de las lenguas, de las tradiciones o de la inabarcabilidad del Derecho positivo en juego está, sobre todo, y como siempre, el problema de la educación de los juristas, formados en escuelas nacionales que, según se ha visto, son todavía muy reacias a la asunción de lo que en rigor comporta el fenómeno de la integración europea. De acuerdo con la observación final de Von Bogdandy, el recorrido andado en menos de un siglo permite abrigar alguna esperanza en medio de las aún tan poco halagüeñas circunstancias del presente. A lo que debe añadirse que con obras como el *Handbuch Ius Publicum Europaeum* los motivos para un optimismo razonable empiezan a ser más que fundados. Ése es, sencillamente, el camino.